

学校编码: 10384
学号: 12920070153495

分类号____密级____
UDC_____

解
雇
权
研
究

鲍
红
香

指
导
教
师

蒋
月
教
授

厦
门
大
学

厦 门 大 学

博 士 学 位 论 文

解雇权研究

On the Right to Dismissal

鲍红香

指导教师姓名: 蒋 月 教授
专 业 名 称: 民 商 法 学
论文提交日期: 2010 年 10 月
论文答辩时间: 2010 年 11 月
学位授予日期: 2010 年 月

答辩委员会主席:_____
评 阅 人:_____

2010 年 10 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

（ ） 1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

（ ） 2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内容摘要

本文以解雇权为研究主题，除导言和结语外，全文共分为四章。

第一章介绍解雇权的概念、性质、法律关系主体以及解雇法的历史发展。首先，在分析探讨合同法中“解除”概念与劳动合同法中“解雇”概念的基础上，界定解雇权。在此过程中，尤其注意分别从合同法、劳动合同法角度比较分析“解除”与“终止”的关系。其次，关于解雇权的性质，从公权与私权划分的角度，解雇权应属于私权。再次，解雇权的法律关系主体包括用人单位（雇主）和劳动者。最后，解雇法的发展经历了前资本主义时期、自由资本主义的民法调整时期以及垄断资本主义的劳动法调整时期。

第二章讨论解雇权的理论基础。首先，基于新制度经济学的企业性质理论、不完全契约理论、企业控制权理论以及产权理论分析解雇权。企业性质理论认为，企业为节约交易费用或团队生产带来的剩余而存在。交易费用的节约通过企业家利用自身学识、经验、能力等作出判断、指挥生产以代替一系列市场契约而达成，解雇权为企业家指挥企业生产所必需的权利之一；团队生产中“偷懒”行为的存在使得监督成为必需，而监督过程需要解雇权作为监督手段之一。不完全契约理论认为，劳动契约是最典型的不完全契约，契约对未来事项的规定是非常模糊和不确定的，因此契约任何一方都很难确保今后对方所要求的就是当初自己所同意的，违约甚至解除契约的几率也因此大大增加。企业控制权理论认为，资本与劳动力的结合应为“资本雇佣劳动”，即由资本一方决定劳动力的雇佣。决定劳动力雇佣的权利自然包括了决定解雇的权利。产权理论认为，产权的界定可以增进资源的有效配置与利用，解雇权也应该成为产权这一权利系列的必备内容之一。其次，基于法学的契约自由理论、财产权理论及利益平衡理论分析解雇权。契约自由包括立约自由与解约自由，在劳动合同当事人双方或任何一方不愿继续受合同约束时，应允许其解除劳动合同。财产权应包括利用财产获取收益的内容，包含解雇权在内的经营管理权在这一过程为必需之权利。从利益衡量角度出发，赋予劳动者辞职权的同时应对等赋予雇主解雇权。最后，分析了解雇权与经济效率价值、生产秩序价值和平等价值的关系。解雇权有助于实现生产资料与劳动力的结合，提高经济效率；解雇权可以促进劳动者竞争，惩戒不遵守劳动纪律之劳动

者，维持正常的生产秩序；解雇权意味着在劳动者享有辞职权的同时对等赋予雇主以解雇权，体现了权利赋予的平等精神。

第三章讨论解雇权的行使。首先，解雇权需遵循诚实信用原则、倾斜保护原则和最后手段原则，依照法律设定的实质条件与程序条件行使。实质条件体现为解雇理由的规定。多数国家和地区规定了劳动者不当行为、劳动者健康或能力资格原因以及雇主经济性原因等解雇理由。程序条件一般包括解雇的预先通知、解雇理由的告知及劳动者申辩机会的给予。权利本身有其行使的边界，且从契约自由衰落及劳动关系失衡背景下保护劳动者的特别需要出发，并考虑到劳动者的生存权、劳动权，均应限制解雇权的行使。法律对解雇权的限制主要体现于解雇禁止制度。

第四章讨论解雇的法律后果。解雇分为合法解雇与非法解雇。合法解雇对劳雇双方的共同效果是劳动合同解除、劳动关系不复存在。对雇主而言，尚需支付一定数额的解雇补偿；准许劳动者享有觅职假；应劳动者要求出具工作证明书等。对劳动者而言，一方面需清理并移交工作；另一方面，可能要承担竞业禁止、保守商业秘密等义务。对于非法解雇是否解除劳动合同与劳动关系，尚存在不同的学说及立法实践。学说主要有“非法解雇有效说”与“非法解雇无效说”。从立法实践来说，多数国家与地区立法区分解雇实质条件的非法与程序的非法规定了不同的法律效果：实质条件非法将导致解雇无效，程序非法则解雇仍然有效。多数国家与地区还规定了劳动者被非法解雇时相应的救济措施。

关键词：劳动合同；解雇法；解雇权；法律机制

Abstract

The theme of this dissertation is about the right to dismissal, the structure of which is divided into six parts: four principal chapters, as well as the introduction and the conclusion.

Chapter one illustrates the concept and nature of the right to dismissal, the subjects in the dismissal legal relations, and the development of employment dismissal law. Firstly, the concept of right to dismissal is defined on the background of the analysis of the concepts of ‘rescission’ in contract law and ‘dismissal’ in employment contract law, in the process of which the concepts of ‘discharge’ and ‘termination’ in contract law and employment contracts law are analyzed and compared separately. Secondly, the nature of the right to dismissal, in the view of the classification between public and private rights, is included in private rights. Then, the subjects in dismissal legal relations are employers and employees. Finally, different historical stages of dismissal law experienced three parts: pre-capitalism time, as a part of civil law in laissez-faire liberal capitalism, and be a part of labor law in monopoly capitalism.

Chapter two focus on the theoretical basis of right to dismissal. Firstly, the analysis of the right to dismissal will be analyzed on the premise of the Nature of Enterprise Theory in new institutional economics, the Incomplete Contract Theory, the Corporate Control Theory and the Property Theory. According to The Nature of Enterprise Theory, an enterprise exists for the reduction in transaction cost and surplus by team production. The reduction in transaction cost is realized through such a way that entrepreneurs utilize their knowledge, experiences, abilities, etc. to decide and direct, instead of market contracts, therefore the rights to dismissal become one of the necessary powers for production and are regarded as one of measures as supervision on team production during which it is possibly for people to be lazy. According to Incomplete Contract Theory, employment contract is the classical incomplete contract, the doctrine of which is that the terms is so unclear and uncertain that it is hard to ensure what one party claims is other party agreed originally, and that the probability of default or even cancellation of employment contract would greatly increased. According to The Corporate Control Theory, capital hires labor in the connection of capital-labor and the right of capital to employ by nature embraces the right to

dismissal. According to The Property Theory, demarcation of property could improve the resource allocation efficiency, and that the right to dismissal accordingly should become a necessary element of this series of rights in property. Secondly, analysis on the right to dismissal will be analyzed and deepened and advanced on the ground of the Contract Freedom Theory, the Property Theory and the Interest Balance Theory. Contract freedom includes the freedom to enter into or terminate an agreement, according to which if one party or the parties thereof would not want to continue the cooperation, he has right to discontinue this labor contract. The right of property embraces such dimension that wealth should be used to gain interest and the right to dismissal is a necessary right in this process. In the view of the Interest Balance Theory, the right of employee to resign should run parallel with the right of employers to discharge. And finally, the relationship between the right to dismissal and economic efficiency, and between the production order and the equality, will be analyzed and weighed. The right to dismissal helps to combine the means of production and the supply of labor, to increase production efficiency, to promote competitions among employees, and to punish worker's incompliance with labor discipline for ordinary production order. The right to dismissal means that an equal right should be entitled to employers when employees enjoy the right to resign.

Chapter three discusses the exercise of right to dismissal. Based on three basic principles including the principle of honesty and faith, the principle of inclined protection and the Principle of dismissal as the final measure , the exercise of right to dismissal follows the substantive and procedural conditions of law. The substantive condition is mainly about the restriction of reasons for dismissal. Most of the countries and areas in the world have stipulated three types of reasons for dismissal including the employee misconduct, poor health, lacking of capacity or qualify as well as the poor economic condition of the employer. The procedures of dismissal generally include advance notice, notification of dismissal reasons and the laborer's chance to defense. In addition, right has its domain. Therefore, the exercise of right to dismissal should be restricted, considering the decline of contract freedom, the laborer's right to live and work, the special need of protecting laborers. The restriction on right to dismissal is mainly embodied by legal system of prohibition of dismissal.

Chapter four focus on the legal consequence of dismissal, which includes lawful and unlawful ones. The effect of lawful dismissal to employers and employees is

discharge of labor contract, which means the termination of labor relations. To the employers, they may have to pay a certain amount of indemnification for dismissal and allow the laborer a vacation to look for a new job as well as offer a work certificate according to the employee's requirements. To the employees, they have to finish and transfer their work and to bear such duties as prohibiting business strife and protecting business secret. As to unlawful dismissal, there are different doctrines and legislative practices on whether the dismissal will take effect or not what means whether the labor contract and labor relation should be rescinded or not. The major doctrines are the doctrine of "unlawful dismissal effective" and the doctrine of "unlawful dismissal invalid". The legislations of most countries and districts has differentiated the illegal of substantial conditions from the illegal of procedures and stipulated different legal effectiveness. The illegal of substantial conditions will result in the dismissal invalid while the illegal of procedures will still result in the dismissal effective. Furthermore, remedies to employees discharged in lawful dismissal is adopted in many countries and areas .

Key Words: Labor Contract; Employment Dismissal Law; Right to Dismissal;
Legal Guarantee

目 录	
导 论.....	1
一、研究动机.....	1
二、理论研究综述.....	2
三、研究方法和论文结构.....	9
第一章 解雇权概述	12
第一节 解雇权之概念分析	12
一、劳动合同单方解除.....	12
二、解雇权.....	24
第二节 解雇权之性质分析	31
一、公权与私权划分的一般理论.....	31
二、解雇权的私权性质.....	33
三、公权力对解雇权的干预.....	34
第三节 解雇法律关系之主体分析	37
一、雇主.....	37
二、劳动者.....	41
第四节 解雇法之历史发展分析	45
一、解雇法发展的几个阶段.....	45
二、代表性国家解雇法现状概述.....	51
第二章 解雇权的理论基础	57
第一节 解雇权：基于新制度经济学的分析	57
一、新制度经济学简述.....	57
二、新制度经济学相关理论对解雇权的分析.....	59
第二节 解雇权：基于契约自由、财产权及利益衡量的分析	68
一、契约自由及其对解雇权的分析.....	68
二、财产权及其对解雇权的分析.....	72
三、利益平衡理论及其对解雇权的分析.....	75

第三节 解雇权的价值分析	78
一、解雇权与经济效益价值.....	79
二、解雇权与生产秩序价值.....	82
三、解雇权与平等价值.....	86
第三章 解雇权的行使	90
第一节 解雇权行使的原则	90
一、诚实信用原则.....	90
二、倾斜保护原则.....	94
三、最后手段原则.....	97
第二节 解雇权行使的条件	99
一、解雇权行使的实质条件.....	99
二、解雇权行使的程序条件.....	115
三、是否可以解雇固定期限劳动者.....	131
第三节 解雇权行使的限制	136
一、限制解雇权的理论基础.....	136
二、限制解雇权的具体制度.....	143
第四章 解雇权行使的法律后果	149
第一节 合法解雇的法律后果	149
一、合法解雇对雇主产生的法律后果.....	149
二、合法解雇对劳动者产生的法律后果.....	166
第二节 非法解雇的法律后果	184
一、非法解雇的效力之争.....	184
二、非法解雇的法律救济.....	189
结 语.....	197
参考文献.....	198

CONTENTS

Introduction.....	1
Section 1 Motive of the Research	1
Section 2 Current Researches Related to It.....	2
Section 3 Research Methodology and Structure	9
Chapter 1 General Theory on Right to Dismissal.....	12
Subchapter 1 Definition of Right to Dismissal	12
Section 1 Unilateral Termination of Labor Contract	12
Section 2 Right to Dismissal	24
Subchapter 2 Nature of Right to Dismissal.....	31
Section 1 Theory about classification between public and private rights.....	31
Section 2 Right to Dismissal as a Private Right	33
Section 3 Intervention to the Right to Dismissal by Public Right	34
Subchapter 3 Subject of Dismissal Legal Relations.....	37
Section 1 Employer.....	37
Section 2 Employee	41
Subchapter 4 Developement of Employment Dismissal Law.....	45
Section 1 Historical Stages of Employment Dismissal Law	45
Section 2 Typical Legislation of Dismissal	51
Chapter 2 Theoretical Basis of Right to Dismissal	57
Subchapter 1 Analysis of Right to Dismissal on the background of New Institutional Economics	57
Section 1 Outline of New Institutional Economics.....	57
Section 2 Analysis of Right to Dismissal on the Background of Theories of New Institutional Economics	59
Subchapter 2 Analysis of Right to Dismissal on the Background of Freedom of Contract, Property Right and Balance of Interest.....	68
Section 1 Analysis of Right to Dismissal on Contract Freedom	68
Section 2 Analysis of Right to Dismissal on Property Right.....	72
Section 3 Analysis of Right to Dismissal on Interest Balance.....	75

Subchapter 3 Value of Right to Dismissal.....	78
Section 1 Economic Efficiency Value of Right to Dismissal.....	79
Section 2 Production Order Value of Right to Dismissal.....	82
Section 3 Equality Value of Right to Dismissal	86
Chapter 3 Exercise of Right to Dismissal	90
Subchapter 1 Principles of Dismissal.....	90
Section 1 Principle of Honesty and Good Faith.....	90
Section 2 Principle of Inclined Protection	94
Section 3 Principle of Dismissal as the Final Measure.....	97
Subchapter 2 Conditions of Dismissal.....	99
Section 1 Substantive Condition of Dismissal.....	99
Section 2 Procedural Conditions of Dismissal.....	115
Section 3 Could Fixed-term Labor Contract be Discharged.....	131
Subchapter 3 Restrictions on Dismissal	136
Section 1 Theoretical Basis of Restrict Dismissal	136
Section 2 Legal Systems of Restrict Dismissal.....	143
Chapter 4 Legal Consequence of Dismissal.....	149
Subchapter 1 Legal Consequence of Lawful Dismissal	149
Section1 Legal Consequence to the Employer in Lawful Dismissal	149
Section2 Legal Consequence to the Employee in Lawful Dismissal	166
Subchapter 2 Legal Consequence of Unlawful Dismissal.....	184
Section 1 Dispute over Legal Consequence of Unlawful Dismissal	184
Section 2 Remedies to Employees Discharged in Unlawful Dismissal.....	189
Conclusion	197
Bibliography	198

导 论

一、研究动机

在民法的合同理论中，合同解除制度是合同制度的重要组成部分。合同订立后，当事双方根据情况变化判断继续履行合同不再有利时，可以协商一致解除合同；在符合事先约定或法定条件时也可以由一方行使解除权，单方解除合同。劳动合同法为用人单位（雇主）和劳动者分别设立了单方解除权：用人单位的单方解除权称为解雇权；劳动者的单方解除权则称为辞职权。辞职权因关系到劳动者的人身自由权、劳动权等基本人权受到学者广泛关注，而对于解雇权，何者为其赋予依据？何者为其限制依据？法律应如何设计具体制度，才能达到权利行使与权利限制的平衡？这些关于解雇权的基本理论问题，则甚少有人关注。

固然，劳动法以劳动者的权利保护为其使命，劳动者权利的保护在劳动法法理研究与立法实践中占有非常重要的地位。作为法律关系的双方，即使双方的地位天然不平等，需要运用公权力介入立法对这种不平等的现状予以纠正，但劳动法毕竟脱胎于民法，作为劳动法中私法特征最为明显的劳动合同法，自然无法完全斩断与民法的联系，需要借鉴合同法的现有研究成果，研究劳动合同法的基础理论。

研究解雇权是劳动法实践的需要。我国自实行劳动合同制度以来，^①劳动关系的发展变化非常迅速，为了适应这种快速的变化，2007 年我国制定颁布了《劳动合同法》。伴随全新的《劳动合同法》的实施，劳动法学者们掀起了对经济补偿金、无固定期限劳动合同等问题的热烈讨论。在之后反馈的法律实施效果来看，《劳动合同法》的实施效果并不理想。那么，我国设计的解雇制度是否合理？是否与我国的经济水平等现实相适应？这是我们应该审慎思考的问题。解雇制度实际上意味着一个对解雇权是否限制、限制到何种程度的制度。在设计解雇制度时应如何限制解雇权，实现用人单位与劳动者利益的最佳平衡，是现实中必须解决的重要问题。

解雇权的研究也是劳动法理论发展和走向成熟的需要。首先，缺乏对解雇权

^① 1983 年 2 月 22 日，劳动人事部发布了《关于积极试行劳动合同制的通知》，国家开始在国营企业进行劳动合同制度的改革和试点工作；1986 年 7 月 12 日，国务院发布《国营企业实行劳动合同制暂行规定》，我国国营企业全面统一施行劳动合同制度。

的学理研究造成了劳动关系双方的“跛脚状态”。劳动关系的主体包括用人单位（雇主）与劳动者，构成这一关系基础的是劳动合同（劳动契约）。劳动合同在劳动关系中如此重要以至于诸多学者把劳动合同作为劳动关系的替代语：劳动合同的成立等同于劳动关系的成立，劳动合同的解除等同于劳动关系的解除，劳动合同的终止等同于劳动关系的终止。虽然在劳动法中存在着劳动者总体处于弱势、用人单位总体处于强势的基本假设，但是，劳动合同作为合同之一种，毕竟还是保留着合同的某些基本特征，合同关系双方也存在着互负义务、互享权利的基本情况，用人单位也应享有一定的权利，不可能因为用人单位处于强势而剥夺其应该享有的所有权利。长期以来，我们过分强调劳动者的权利研究，而忽视了对用人单位权利的研究。而且，赋予用人单位权利的同时也要同时加以限制，只有很好地研究解雇权赋予的基础、赋予的理由等基本问题，才能更合理地限制。

对解雇权的研究有助于深化对劳动法与民法之间关系的认识。在德国、日本及我国台湾地区等传统大陆法系的国家或地区，劳动法作为民法的特别法存在。学理研究上，劳动法理论研究根植于民法的理论研究；法律适用上，劳动法没有规定时，可直接适用民法的规定。我国的劳动法发展轨迹比较特殊，劳动关系从计划经济下的“终身制”向市场经济下的“劳动合同制”转型的时间并不长，相应地劳动法产生、发展的时间也并不长，劳动法基础理论研究十分薄弱。劳动法学者们往往过分关注劳动合同与民事合同的不同，但劳动法毕竟与民法有着千丝万缕的联系，民法博大精深的理论体系是劳动合同基础理论研究吸取养分最近也是最好的选择。解雇权的研究就是如此，民法的契约自由理论、财产权理论都可以为解雇权的证成提供有力支持。

总之，劳动法实践的需要和劳动法理论的完善需要对解雇权进行系统研究。研究的理论意义在于，促进劳动法理论研究的深入，增强劳动法理论的自足性；研究的实践价值在于，促进对用人单位权利的认识，并通过利益平衡设定对这一权利的合理限制，从而既保证了用人单位的基本权利，促进了经济的发展，也维护了劳动者的生存权、劳动权等基本权利。

二、理论研究综述

（一）研究概况

解雇权在劳动法领域具有重要意义。从理论研究的状况看，国内有关解雇的

独立研究起步较晚,始于20世纪80年代中后期,是随着经济体制和劳动、就业制度改革而出现的。通过中国期刊网搜索,期间限定为1999年起1月2010年12月止,题名中包含有完整“解雇”二字的论文173篇,硕士学位论文14篇,博士学位论文1篇。^①期刊论文中整体性研究解雇权的论文极少,大部分是解雇制度的介绍,理论探讨者主要是基于某一具体制度探讨解雇制度的完善,理论性不强。学位论文中吉林大学博士王皎皎2010年的学位论文《解雇保护制度研究》主要介绍解雇制度的其中一部分——解雇保护制度;硕士学位论文中对解雇权介绍相对具体的主要是2篇论文:湘潭大学硕士周军2008年的学位论文《我国解雇权研究》以及中国政法大学硕士常建平2006年的学位论文《解雇保护制度研究》。

在劳动法学界,研究解雇问题比较有影响的教材与专著有《劳动法学》(王全兴,2008)、《劳动法学》(郑尚元,2007)、《劳动合同研究》(董保华,2005)、《劳动关系调整的法律机制》(董保华,2000);《劳动合同法的制度与理念》(郑尚元,2008)、《劳动合同法论》(姜颖,2006)。我国学者对解雇权的研究比较注重国外制度的介绍及具体解雇制度的讨论。国外的理论介绍则集中于解雇保护,其中尤以介绍德国法律的居多。比较重要的介绍国外制度的专著为《外国劳动法和社会保障法》(王益英,2001)和《劳动与社会保障立法国际比较研究》(杨燕绥,2001)。比较重要的期刊论文有:《西方发达国家劳动关系对我国的启示与借鉴》(沈建英,2001)、《德国劳动法中的解雇保护制度》(黄卉,2007)、《德国劳动合同终止制度与我国劳动合同解除制度之比较》(陈芳,1998)、《终止劳动契约——兼论德国之制度》(郭惠玲,1997)、《英国劳动法限制解雇制度》(谢德成、穆随心,2005)、《法国劳动合同立法的启示》(郑爱青,2002)、《美国劳动法对雇主不当解雇行为的规制:源流、发展与反思》(胡立峰,2009)、《日韩解雇制度比较分析——解雇中的法律和经济问题》(程延园、王甫希,2008)。对具体解雇制度的讨论主要集中于竞业禁止和解雇补偿,这方面的成果主要有:《完善我国劳动合同解除制度的思考和建议》(郑爱青,2007)、《解雇保护制度研究》(董保华,2005)、《竞业禁止的若干问题》(李永明,2002)、《竞业禁止若干法律问题研究》(桂菊平,2001)、《论竞业禁止》(张晓军,1997)、《劳动契约上离职后竞业限制约款的审查——民法研讨会第四十九次研讨会会议记录》(林更盛,2008)、《劳动合同解除中的“三金”适用——兼论我国〈劳动合同法〉的立法态度》(冯

^① 此为本文作者2010年9月10日之搜索结果。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕